



Turbulenzen zwischen Brüssel und Lugano

Schweizerische Insolvenz und ausländischer Zivilprozess in der Praxis des Bundesgerichts

ALEXANDER R. MARKUS*

Wie verhalten sich schweizerische Insolvenzen und ausländische Forderungsprozesse gegen den Gemeinschuldner zueinander? Im Zusammenhang mit der «Swissair»-Insolvenz hat sich das Bundesgericht vier Mal dazu geäußert. Es postuliert dabei einen umfassenden Vorrang des Insolvenzrechts gegenüber dem Internationalen Zivilprozessrecht, insbesondere dem LugÜ. Für den Kläger im Ausland, der sich auf das LugÜ verlassen hat, ergeben sich bedeutende Unsicherheiten. Koordination des Internationalen Insolvenzrechts auf multilateraler Ebene ist gefragt. Bereits die laufende Revision des 11. Kapitels des IPRG könnte Verbesserung bringen, indem die Relevanz ausländischer Verfahren und Urteile für die hiesige Insolvenz klar geregelt wird.

Comment la faillite suisse et les procédures étrangères contre le failli s'articulent-elles ? Le Tribunal fédéral s'est exprimé à quatre reprises sur cette question dans le cadre de la faillite « Swissair ». Il postule à cet égard que le droit de la faillite prime de manière générale le droit international de la procédure civile, en particulier la convention de Lugano (CL). Pour le demandeur à l'étranger qui s'est fié à la CL, il en découle des incertitudes significatives. Une coordination du droit international de la faillite au niveau multilatéral est dès lors nécessaire. La révision en cours du chapitre 11 de la LDIP pourrait déjà apporter des améliorations en réglant clairement la place des procédures et décisions étrangères dans les faillites suisses.

Inhaltsverzeichnis

- I. Überblick
- II. Rechtshängigkeitsfragen (BGE 133 III 386, 135 III 127)
- III. Anerkennungsfragen
 - A. Insolvenznähe bei Absicht der Vollstreckung (BGE 140 III 320)?
 1. Das internationale insolvenzrechtliche Paradoxon
 2. Insolvenznähe durch insolvenzrechtliche Einbindung und Koordination
 - B. Insolvenznähe kraft fehlender Rechtshängigkeit und landesrechtlicher *vis attractiva* (BGE 141 III 382)?
 1. Entfernung von der «Insolvenznähe»?
 2. Folgt aus Rechtshängigkeit Anerkennung?
 3. *Vis attractiva* und Europäisches Insolvenzrecht
 4. Zusammenspiel zwischen Internationalem Zivilprozessrecht und Internationalem Insolvenzrecht
 5. Insolvenznähe ist Einbindung ins Internationale Insolvenzrecht
 - C. Tragweite des LugÜ-Anerkennungsrechts
- IV. Fazit
 - A. Rechtshängigkeit koordinierter Auslandverfahren im Ansatz gelöst
 - B. Nichtanerkennung von LugÜ-Entscheidungen problematisch
 - C. Konsequenzen einer «LugÜ-treuen» Auslegung
 - D. Der dritte Weg

I. Überblick

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit dem «SAir»-Insolvenzverfahren eine Reihe von Entscheidungen gefällt. Sie beschäftigen sich mit einer Materie im Grenzbereich zwischen dem Internationalen Zivilprozessrecht und dem Internationalen Insolvenzrecht, die bisher nur wenig schweizerische Rechtsprechung hervorgebracht hat. Besondere Aktualität erhält diese Rechtsprechung im Zusammenhang mit der laufenden Revision des Internationalen Insolvenzrechts der Schweiz.¹

Die prozessualen Spielfelder befinden sich in Belgien und in der Schweiz.² Einerseits geht es erstens um *belgische Forderungsklagen* von Sabena-Aktionären (u.a. der Staat Belgien) sowie zweitens der insolventen Sabena SA gegen die SAirLines AG und die SAir Group AG, die sich in Nachlassliquidation befinden. Aus diesen Klageverfahren sind im Jahr 2011 zwei rechtskräftige (Teil- bzw. Vor-) Entscheidungen hervorgegangen, in welchen den Klägern namhafte Forderungen zuerkannt werden. Dabei ist fest-

* ALEXANDER R. MARKUS, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius an der Universität Bern.

Der vorliegende Text stützt sich teilweise auf folgende Publikation: ALEXANDER R. MARKUS, Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz, in: Florence Guillaume/Ilaria Pretelli (Hrsg.), *Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière et Les banques et les assurances face aux tiers*, Zürich 2016, 23 ff.

¹ Internet: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-10-140/vorentw-d.pdf> (Abruf 8.2.2017). Dazu RODRIGO RODRIGUEZ, *Zuständigkeiten im Internationalen Insolvenzrecht*, Bern 2016 (zit. RODRIGUEZ, *Insolvenzrecht*), 345 ff.; ALEXANDER R. MARKUS, Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz, in: Florence Guillaume/Ilaria Pretelli (Hrsg.), *Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière et Les banques et les assurances face aux tiers*, Zürich 2016 (zit. MARKUS, *Revision*), 23 ff.

² Dazu RODRIGUEZ, *Insolvenzrecht* (FN 1), 281 ff.; eine Darstellung der Prozessgeschichten mit einer kurzen Kommentierung findet sich auch in JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/ALEXANDER R. MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, njus 2015, Bern 2016, 18 ff.

zuhalten, dass die Klage der Sabena-Gläubiger vor der Schweizer Nachlassstundung, die Klage der Sabena SA i.L. erst *nachher* anhängig gemacht worden war.

Andererseits geht es um die Kollokation der Forderungen der belgischen Sabena-Gläubiger im Schweizer Nachlassverfahren der SAirLines AG und der SAir Group AG. Die Liquidatoren liessen diese Forderungen im Kollokationsplan nicht zu, worauf die belgischen Sabena-Gläubiger eine Vormerkung der Forderungen *pro memoria* im Kollokationsplan forderten, bis das belgische Verfahren abgeschlossen sei. Sie scheiterten im Jahr 2007 mit diesem Anliegen vor Bundesgericht (BGE 133 III 386).

Die von den Sabena-Gläubigern inzwischen erhobenen Kollokationsklagen hatten keinen Erfolg. Ein Antrag der Gläubiger auf Sistierung der Kollokationsklagen, bis anerkannte Urteile aus Belgien vorliegen, wurde 2008 vom Bundesgericht verworfen (BGE 135 III 127), die Kollokationsklagen im Jahr 2011 abgewiesen. Dieser Entscheid gab zu einer Intervention Belgiens vor dem Internationalen Gerichtshof in Den Haag gegen die Schweiz Anlass, und zwar mit der Begründung, die Nichtberücksichtigung der belgischen Klagen verstosse gegen die staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz aus dem LugÜ.³

Die Sabena SA sowie die Sabena-Gläubiger versuchten in der Folge, die beiden inzwischen rechtskräftigen Entscheidungen aus Belgien in der Schweiz zur Anerkennung resp. zur Vollstreckbarerklärung zu bringen, um eine Berücksichtigung der belgischen Urteile in den Nachlassverfahren zu erreichen (BGE 140 III 320 und BGE 141 III 382).

Die vier Bundesgerichtsentscheide haben das Verhältnis der belgischen Forderungsprozesse bzw. der daraus hervorgehenden Urteile einerseits und dem schweizerischen Nachlassverfahren sowie seiner annexen Einzelverfahren andererseits zum Thema. Dabei wurden zahlreiche Probleme aufgeworfen. Aus der Sicht der Bestimmungen des LugÜ, die nach Art. 1 Abs. 2 IPRG und Art. 30a SchKG vorweg zu prüfen sind, geht es aber erst einmal nur um zwei Problemkreise:

- Besitzen die belgischen und die schweizerischen Verfahren einen Rechtshängigkeitszusammenhang, und welches sind die Konsequenzen für die beteiligten Verfahren?

- Sind aus den belgischen Verfahren hervorgehende Urteile in der Schweiz anzuerkennen, und welches sind die Konsequenzen für die schweizerischen Verfahren (Insolvenz- und damit verbundene Verfahren)?

II. Rechtshängigkeitsfragen (BGE 133 III 386, 135 III 127)

Die ersten beiden Bundesgerichtsentscheide sind zeitlich vor den belgischen Urteilen ergangen. In BGE 133 III 386 ging es um die Vormerkung *pro memoria* des belgischen Verfahrens im Kollokationsplan. Eine Vormerkung bewirkt nach Art. 63 KOV⁴, dass die Forderung anerkannt wird, wenn sich weder die Verwaltung noch einzelne Gläubiger bereit erklären, das Verfahren zu übernehmen. Bei Fortführung des Prozesses bewirkt die Vormerkung, dass dessen Ausgang für alle Gläubiger verbindlich wird.⁵ In BGE 135 III 127 verlangte die belgische Klägerschaft, das schweizerische Kollokationsverfahren sei zu sistieren, solange der belgische Prozess noch nicht entschieden sei.

Das Bundesgericht verneinte jeden Einfluss der belgischen Verfahren auf die schweizerische Kollokation, weder eine Vormerkung noch eine Sistierung wurde gewährt. Es ging dabei nicht spezifisch auf das Institut der Rechtshängigkeit ein, sondern begründete dieses Ergebnis mit der territorialen und vollstreckungsrechtlichen Natur des hiesigen Kollokationsverfahrens.⁶ Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV seien auf inländische Gerichtsverfahren beschränkt.⁷ Vor diesem Hintergrund erwähnte das Bundesgericht denn auch, dass dereinst aus dem belgischen Verfahren hervorgehende Urteile weder nach LugÜ noch nach IPRG anzuerkennen seien.⁸

Bei der Frage, ob ein ausländisches Verfahren Wirkungen auf ein inländisches entfalten kann, geht es technisch um eine Frage der Rechtshängigkeit. Bestand zwischen den belgischen Verfahren und dem Schweizer Kollokationsverfahren eine parallele Rechtshängigkeit in einer Weise, die zur Priorität des einen oder anderen Verfahrens führen müsste? Zur Bestimmung der parallelen Rechtshängigkeit galt es vorab zu untersuchen, ob und gegeb-

³ BGE 140 III 320 E. 7.2 mit der Verweisung auf CHRISTIAN KOHLER, La Convention de Lugano devant la Cour internationale de Justice: L'affaire Belgique c. Suisse, SZIER 2012, 441 ff.; RODRIGO RODRIGUEZ, Belgium vs. Switzerland on Airline Insolvencies – High noon at The Hague called off, IILR 2011 (zit. RODRIGUEZ, IILR 2011), 423 ff.

⁴ Verordnung vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV; SR 281.32).

⁵ BSK SchKG I-HIERHOLZER, Art. 247 N 67, m.w.H., in: Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Thomas Bauer (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-Autor).

⁶ BGE 133 III 386 E. 4.3.3; 135 III 127 E. 3.3.3.

⁷ BGE 135 III 127 E. 3.3.1.

⁸ BGE 135 III 127 E. 3.3.3.

nenfalls in welcher Qualität der belgische Forderungsprozess einerseits und das Schweizer Kollokationsverfahren andererseits vom Anwendungsbereich des LugÜ erfasst sind.⁹

Gemäss Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ sind Insolvenzverfahren (Gesamtverfahren) aus dem sachlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen. Vom Ausschluss betroffen sind Liquidations- und Sanierungsverfahren. Ausgeschlossen sind jedoch auch Einzelverfahren, die in unmittelbarer Nähe der Insolvenz anzusiedeln sind, und welche ohne die Insolvenz nicht ausgelöst worden wären. «Insolvenznahe» Entscheidungen sind solche, die «unmittelbar aufgrund des Insolvenzverfahrens ergehen und in engem Zusammenhang damit stehen, auch wenn diese Entscheidungen von einem anderen Gericht (als demjenigen, welches das Insolvenzverfahren eröffnet hat) getroffen werden».¹⁰

Das Schweizer Kollokationsverfahren nach Art. 250 SchKG kann als ein solches «insolvenznahe» Verfahren qualifiziert werden und ist somit vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen.¹¹ Eine zeitlich frühere Rechtshängigkeit des belgischen Verfahrens hat deshalb unter dem LugÜ keinen Einfluss auf das spätere hiesige Kollokationsverfahren. Art. 9 IPRG, der auf die Koordination zweier Erkenntnisverfahren ausgerichtet ist,¹² erfasst insolvenznahe Verfahren im Übrigen ebenfalls nicht.¹³ Im Ergebnis, wenn auch nicht durchwegs in der

Begründung, ist deshalb den beiden bundesgerichtlichen Entscheidungen zuzustimmen.

Vor dem geschilderten Hintergrund war die belgische Intervention vor dem IGH, die in der Folge zurückgezogen wurde, sachlich nicht begründet.¹⁴

III. Anerkennungsfragen

A. Insolvenznähe bei Absicht der Vollstreckung (BGE 140 III 320)?

1. Das international-insolvenzrechtliche Paradoxon

Wie vorstehend erwähnt, schliessen LugÜ und EuGVVO Insolvenzverfahren als Gesamtverfahren und «insolvenznahe Einzelverfahren» sowie daraus hervorgehende Entscheidungen aus ihrem Anwendungsbereich aus (Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO/LugÜ).

BGE 140 III 320 beschäftigt sich mit der *Anerkennung* des belgischen (Teil-)Ausspruchs, der aus der Klage der konkursiten Sabena SA hervorgegangen ist. Im Gegensatz zu den vorangehenden Entscheidungen, die das belgische Verfahren noch nicht eindeutig als «insolvenznahe» Kollokationsverfahren eingeordnet hatten,¹⁵ stuft der BGE dieses nun klar als «insolvenznahen» Prozess ein.

Das Bundesgericht nimmt zum Ausgangspunkt, dass der «Vorentscheid» aus einem (Teil-)Verfahren hervorgegangen ist, das *erst nach* den Beklagteninsolvenzen eröffnet wurde.¹⁶ Entscheidend sind in diesem Kontext für das Bundesgericht die konkreten Umstände der Klage. Daraus sei abzuleiten, dass sie mit der deutlichen *Absicht* erhoben worden sei, die Frage des zivilrechtlichen Bestandes der Forderung statt im Schweizer Kollokationsverfahren im belgischen Zivilverfahren entscheiden zu lassen.¹⁷ Daraus wird ein enger funktionaler Zusammenhang des belgischen (Teil-)Verfahrens mit der schweizerischen Insolvenz abgeleitet. Dieser hat für das Bundesgericht zur Konsequenz, dass die daraus hervorgehende Entscheidung ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ steht

⁹ Vgl. kantonale Vorinstanz gemäss BGE 135 III 127 E. 2. Das Bundesgericht kommt erst später – in BGE 141 III 382 E. 5.3 – selber auf diese Argumentationsschiene, indem es argumentiert, dass die Rechtshängigkeit nach LugÜ vorliegend keine Rolle spielen könne, weil die Schweizer Kollokationsklage als insolvenznahe Verfahren aus dem Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen ist.

¹⁰ Art. 25 Abs. 1 EuInsVO; BGE 131 III 227 E. 3.2; präzisierend EuGH, Rs. C-157/13, *Nickel und Goeldner*, 4.9.2014, N 27, welche Entscheidung verlangt, dass das Verfahren *seinen Rechtsgrund im Insolvenzrecht* haben muss.

¹¹ BGE 133 III 386 E. 4.3.2 und 4.3.3; vgl. ALEXANDER R. MARKUS, Art. 22 Nr. 5 LugÜ N 217 m.w.H., und FELIX DASSER, Art. 1 LugÜ N 88, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. A., Bern 2011. In Deutschland wird die Kollokationsklage hingegen nicht als konkursnah qualifiziert und fällt damit in den Anwendungsbereich von EuGVVO und LugÜ; PAUL OBERHAMMER, Im Holz sind Wege: EuGH SCT./Alpenblume und der Insolvenztatbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO, IPRax (2010) 4, 318.

¹² Vgl. dazu BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 9 N 15a, 20 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013.

¹³ Vgl. DANIEL HUNKELER/GEORG J. WOHL, Zur geplanten Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts – und deren Bezug zum internationalen Bankenkonskurs, Jusletter vom 23. November 2015, N 18; a.M. RODRIGUEZ, IILR 2011 (FN 3), 428; IVO SCHWANDER, SAirLines, Rechtsprechung zum internationalen Sachen-,

Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht, SZIER 2009, 426.

¹⁴ Vgl. RODRIGUEZ, IILR 2011 (FN 3), 429; kritisch SCHWANDER (FN 13), 425 ff.

¹⁵ Der ausländische Forderungsprozess werde nicht zum (insolvenznahe) Kollokationsprozess, sondern nur der inländische, da Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV dem Territorialitätsprinzip gehorchen (BGE 135 III 127 E. 3.3.1). Diesbezüglich unentschieden auch BGE 133 III 386 E. 4.2 i.V.m. BGE 133 III 386 E. 4.3.3.

¹⁶ BGE 140 III 320 E. 8.3.1.

¹⁷ BGE 140 III 320 E. 9.3.

und somit gestützt auf den Staatsvertrag in der hiesigen Kollokation nicht anerkannt werden muss.¹⁸

Daraus folgt paradoxerweise, dass ausländische Verfahren und Entscheid umso weniger in die Schweizer Rechtsordnung zu integrieren sind, je näher sie dem Schweizer Insolvenzverfahren stehen. Dieses Paradoxon ergibt sich daraus, dass sich die «Insolvenznähe» vorliegend gegen das System richtet. Der Gründe für den Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des LugÜ gibt es nämlich positive und negative:

Erstens sollen insolvenznahe (Einzel-)Verfahren und Entscheidungen grenzüberschreitend in diejenige Insolvenz integriert werden können, der sie zuzuordnen sind. Sie werden deshalb gestützt auf ein – eigens darauf zugeschnittenes – internationales Insolvenzsystem beachtet, koordiniert und anerkannt (z.B. via ein unilaterales wie das UNCITRAL-Modellgesetz über die grenzüberschreitende Insolvenz¹⁹, das 12. Kapitel IPRG oder ein multilaterales wie dasjenige der EuInsVO²⁰). Die Akzeptation solcher Entscheidungen in den insolvenzbeteiligten Staaten ist zwar mit dem Anerkennungsmechanismus von LugÜ und EuGVVO sehr eng verwandt. Die genannten Systeme bieten jedoch zusätzlich Raum für die Koordination von Verfahren und Entscheidung mit der Insolvenz.

Zweitens ist es durchaus auch ein Anliegen, dass insolvenznahe Entscheidungen von Insolvenz-Drittstaaten, welche die Insolvenz nicht anerkennen, auch nicht über das Internationale Zivilprozessrecht berücksichtigt und anerkannt werden müssen. Insolvenznähe Entscheidungen sind grundsätzlich auf die Insolvenz zugeschnitten, der sie zugeordnet sind; deren Anerkennung in Staaten, welche nicht in die Insolvenz eingebunden sind, ergibt für diese Staaten keinen Sinn. Auch vor diesem Hintergrund ist die Berücksichtigung dieser Entscheidungen über das internationale Zivilprozessrecht des LugÜ zu Recht ausgeschlossen. Der Begriff der «insolvenznahe Entscheidung» und der daraus resultierende Ausschluss aus dem LugÜ-System ist deshalb ein absoluter und gilt für alle Teilnehmer des LugÜ-Systems, ob sie nun selber von der Insolvenz betroffen sind oder nicht.

Im vorliegenden Fall ergibt es sich jedoch, dass ein ausländisches Einzelverfahren als insolvenznah bezeich-

net wird und gleichzeitig der Schweizer Insolvenz zugeordnet wird, die daraus hervorgehende Entscheidung jedoch trotzdem in der Schweiz nicht anerkannt wird. Das Bundesgericht ist dahin zu verstehen, dass es eine solche dritte Kategorie von Verfahren und Entscheidungen geben muss.²¹ Das vorliegende Paradoxon ergibt sich somit daraus, dass die Nähe des belgischen Prozesses zum Schweizer Insolvenzverfahren als ein Argument dafür dient, die Anerkennung im Schweizer Insolvenzstaat auszuschliessen. Für das Bundesgericht ist nämlich nicht die Nähe zur Schweizer Insolvenz allein massgeblich. Es stellt vielmehr zusätzlich auf die Koordination aufgrund des Internationalen Insolvenzrechts ab, die vorliegend nicht stattgefunden hat,²² was auch durchaus einleuchtet. Das Problem ist also beim Begriff der «Insolvenznähe» zu suchen. Nachfolgend wird versucht zu zeigen, dass gerade die Frage der Koordination durch das Insolvenzrecht dafür ausschlaggebend ist, ob ein insolvenznahe Verfahren vorliegt oder nicht.

2. Insolvenznähe durch insolvenzrechtliche Einbindung und Koordination

Dem Ausgangspunkt des Bundesgerichts, wonach der Zusammenhang mit dem hiesigen Insolvenzverfahren entscheidend ist, ist somit ohne Weiteres zu folgen. Die vorliegende Einordnung des Brüsseler Verfahrens als insolvenznahe Verfahren ist aber mit einem Fragezeichen zu versehen. Die Anwendung von LugÜ und EuGVVO ist die Regel. Ausnahmen sind nur gerechtfertigt, wenn es um Streitigkeiten geht, die ohne die Insolvenzeröffnung nicht entstehen könnten und unmittelbar der Durchführung des Insolvenzverfahrens dienen.²³ Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) hat zu dieser Frage eine Reihe von Entscheidungen erlassen, die im Grundtenor einen *engen Begriff* der «insolvenznahe» Verfahren postulieren. Solche Verfahren liegen nur vor, wenn sie unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und sich eng innerhalb dessen Rahmen halten.²⁴

¹⁸ BGE 140 III 320 E. 10.

¹⁹ Dazu ALEXANDER R. MARKUS, Das neue UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz, SZW 1998 (MARKUS, Modellgesetz), 15 ff.; RODRIGUEZ, Insolvenzrecht (FN 1), 116 ff.

²⁰ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L 160 vom 30. Juni 2000, 1 ff.; Neue Fassung in Kraft ab 26.6.2017: Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), ABl. L 141 vom 6. Mai 2015, 19 ff.

²¹ Vgl. BGE 141 III 382 E. 5.6, E. 5.6.1.

²² Dies kommt in BGE 141 III 382 E. 5.6. und E. 5.6.1 besonders deutlich zum Ausdruck.

²³ JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Uebereinkommen 2007, EuVT-VO, EuMVVI und EuGFVO, 9. A., Frankfurt a.M. 2011, Art. 1 EuGVO N 35, m.w.H.

²⁴ EuGH, Rs. C-133/78, *Gourdain/Nadler*, 22.2.1979; EuGH, Rs. C-339/07, *Deko Marty*, 12.2.2009; EuGH, Rs. C-292/08, *German Graphics*, 10.9.2009; zu insolvenzrechtlichen Annexverfahren vgl. MORITZ BRINKMANN, Der Aussonderungsstreit im Internationalen Insolvenzrecht – Zur Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO, IPRax 2010, 4, 325.

Verfahren, die auch ohne Insolvenz geführt worden wären, verbleiben somit klar im Anwendungsbereich der beiden Zivilprozessinstrumente.²⁵ Der einzige Entscheid, EuGH *Alpenblume*, der auf den ersten Blick einen weiten Begriff der «insolvenznahen» Verfahren impliziert, erging im Zusammenhang mit einer Rückübertragung einer Unternehmensbeteiligung an die Masse. Diese Konstellation steht aber vorliegend nicht im Vordergrund, wie weiter unten sogleich auszuführen ist.²⁶

Der belgische Prozess ist gewiss nicht aus dem hiesigen Insolvenzverfahren «hervorgegangen», wie das Bundesgericht denn auch ohne Weiteres einräumt. Es stellt, wie erwähnt, für die Insolvenznähe allein auf die *Absicht* der belgischen Klägerschaft ab, eine gerichtlich zu beurteilende Forderung zu vollstrecken.²⁷ Nach der hier vertretenen Meinung reicht jedoch dieses subjektive Element für den geforderten engen Zusammenhang mit dem Insolvenzrecht nicht aus. Das Gesamtverfahren mitsamt seiner Annexverfahren dient immer auch zur Urteilsvollstreckung und ersetzt aus der Sicht des Klägers und Gläubigers – für ihn notgedrungen – die Einzelvollstreckung im Fall, dass der Beklagte und Schuldner insolvent (geworden) ist. Es ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die belgische Klage eingereicht wurde, sobald sie bereit war – auch unabhängig von einer allfälligen subjektiven Absehbarkeit der zukünftigen Nachlassstundung.²⁸ Eine verfahrensmässige Einbindung des belgischen Prozesses ins Schweizer Insolvenzverfahren resultiert daraus nicht. Für den EuGH reicht es noch nicht einmal aus, dass das ausländische Verfahren «im Kontext» des Insolvenzrechts stattfindet.²⁹ Der EuGH verlangt vielmehr eine Einbettung ins Insolvenzrecht.

Das Bundesgericht argumentiert für seine Lösung mit dem EuGH-Entscheid *Alpenblume*, der, wie erwähnt, als Entscheidung gilt, die ein weites Konzept des «insolvenznahen» Verfahrens verfolgt.³⁰ Dieser EuGH-Entscheid

entspricht indessen durchaus dem erwähnten engen Hauptkriterium der EuGH-Rechtsprechung *Gourdain*, wonach das fragliche Verfahren nicht ohne die Insolvenz stattgefunden hätte. Der Verwalter der insolventen schwedischen SCT Industri übertrug der Gemeinschuldnerin gehörende Gesellschaftsanteile an eine österreichische Gesellschaft. Die österreichischen Gerichte nahmen die Eintragung der neuen Eigentumsverhältnisse nicht vor, da die schwedische Insolvenz in Österreich nicht anerkannt wurde. Damit ging es um die spezifisch insolvenzrechtliche Befugnis zur Verwaltung und Übertragung von Teilen der Aktivmasse an eine dritte Gesellschaft.³¹ Fehlt aus irgendwelchen Gründen diese Befugnis, so sind die Veräusserungshandlungen nichtig,³² zumal nur so die Interessen der Konkursgläubiger geschützt werden können. Das Ausgangsverfahren war somit die «unmittelbare und untrennbare Folge» der (fehlenden) Vorrechte eines Insolvenzverwalters, der nach Eröffnung der Insolvenz tätig wird.³³ Die Tätigkeit des Insolvenzverwalters wurde erst ausgelöst durch die Insolvenz und findet seine Grundlage allein im Insolvenzrecht.³⁴ Die Situation ist somit mit der paulianischen Anfechtungsklage vergleichbar, mit dem alleinigen Unterschied, dass diese auf Verfügungen des zukünftigen Gemeinschuldners über die Aktivmasse *vor Eröffnung* der Insolvenz anwendbar ist, während es vorliegend um die Behandlung der Aktivmasse *nach Eröffnung* geht.³⁵ Überschreitet der Verwalter seine Kompetenzen betreffend die Aktivmasse, so resultiert im Interesse der Gläubiger die Nichtigkeit der Verfügung. Für die Einordnung relevant ist somit auch nach dem EuGH-Entscheid *Alpenblume* allein eine verfahrensrechtliche Einbindung des Einzelverfahrens in ein Insolvenzverfahren.

Soll diese Einbindung noch konkretisiert werden, so ist zu verlangen, dass Insolvenzrecht im Hinblick auf das fragliche Verfahren nachgerade angewendet wird. Das fordert der EuGH mit aller Deutlichkeit im Fall *Nickel und Goeldner*, welcher Entscheid für eine Qualifikation als «insolvenznah» verlangt, dass die «Klage ihren Ursprung im Insolvenzrecht» habe.³⁶ Nach dem EuGH kommt es dabei nicht einmal auf den prozessualen Kontext an, in welchem sich die zu beurteilende Klage befindet, sondern allein darauf, dass zu beurteilenden Klage ihre Rechtsgrundlage in den Sonderregeln des Insolvenzrechts (statt

²⁵ Vgl. hierzu auch BGE 125 III 108 E. 3b m.w.H.

²⁶ EuGH, Rs. C-111/08, *Alpenblume*, 2.7.2009; vgl. OBERHAMMER (FN 11), 324; BRINKMANN (FN 24), 327. Vorliegend steht vielmehr die Konstellation der EuGH-Entscheidung *German Graphics* im Vordergrund.

²⁷ BGE 140 III 320 E. 9.4. Damit hat das Bundesgericht seine eigene Rechtsprechung BGE 131 III 227 E. 3.2, in welcher ein enger objektiver Zusammenhang verlangt wird, verlassen.

²⁸ Vgl. auch die Kritik von RODRIGUEZ, *Insolvenzrecht* (FN 1), N 649.

²⁹ Siehe sogleich unten zu EuGH, *Nickel und Goeldner*.

³⁰ BGE 140 III 320 E. 6.4; vgl. CHRISTOPH THOLE, *Vis attractiva concursus europaei? Die internationale Zuständigkeit für insolvenzbezogene Annexverfahren zwischen EulnsVO, EuGVVO und autonomem Recht*, Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 12. Februar 2009, ZEuP 2010, 919; Kritik bei OBERHAMMER (FN 11), 322 f.

³¹ EuGH, Rs. C-111/08, *Alpenblume*, 2.7.2009, N 27.

³² Vgl. PETER MANKOWSKI, *Verfahrenswirkungen der Eröffnung eines inländischen Insolvenzverfahrens in Kenntnis eines englischen Hauptinsolvenzverfahrens*, NZI 2008, 573.

³³ EuGH, Rs. C-111/08, *Alpenblume*, 2.7.2009, N 28.

³⁴ EuGH, Rs. C-111/08, *Alpenblume*, 2.7.2009, N 28.

³⁵ Vgl. dazu EuGH, Rs. C-295/13, *H/HK*, 4.12.2014.

³⁶ EuGH, Rs. C-157/13, *Nickel und Goeldner*, 4.9.2014, N 26.

des Zivil- und Handelsrechts) hat.³⁷ Aus diesem Grund hat der EuGH eine Klage des Insolvenzverwalters gegen einen Schuldner des insolventen Unternehmers nicht unter die EuInsVO, sondern unter das CMR³⁸ und die aEuGVVO subsumiert.³⁹ Dabei handelt es sich um die zum vorliegenden Fall spiegelverkehrte Situation einer aktiven Klage der Masse zum Einzug einer Forderung, die der insolvente Schuldner vor seiner Insolvenz begründet hatte.

Diese Rechtsprechung zielt darauf, dass ein Verfahren nur als insolvenznah qualifiziert werden kann, wenn *Insolvenzrecht* darauf zur Anwendung kommt.⁴⁰ Das vorliegende belgische Urteil erging ohne jede Anwendung von Insolvenzrecht und nimmt damit diese Hürde nicht. Insofern gleicht die vorliegende Situation derjenigen des EuGH-Entscheids *German Graphics*. In diesem Fall erhob German Graphics eine Klage gegen eine bereits insolvente Gesellschaft kraft Eigentumsrechts (Eigentumsvorbehalt). Damit ist die Ausgangslage jene einer Aussonderungsklage.⁴¹ Obwohl sogar eine Insolvenzverwalterin am Rechtsstreit beteiligt war, reichte dieser Umstand nach EuGH nicht für einen Ausschluss von der EuGVVO als insolvenznahes Verfahren.⁴² Entscheidend war für den EuGH auch hier, dass die Klage ihren Grund nicht im Insolvenz-, sondern im zivilrechtlichen Eigentumsrecht hatte. Die Klage setzte weder die Eröffnung einer Insolvenz noch die Bestellung eines Insolvenzverwalters voraus.⁴³ *«Der Aussonderungsanspruch besteht trotz des Insolvenzverfahrens, und nicht aufgrund desselben.»*⁴⁴ Dasselbe lässt sich ohne Weiteres von den vorliegenden belgischen Forderungsprozessen sagen, die ihren Grund ohne Weiteres in (behaupteten) zivilrechtlichen Ansprüchen gegen die Gemeinschuldnerinnen hatten.⁴⁵

Mit seinem rein subjektiven Ansatz, der keine formelle Einbindung des ausländischen Zivilprozesses ins Insolvenzrecht oder auch nur die Anwendung von Insolvenzrecht im Verfahren verlangt, bewegt sich der vorliegende 140er-BGE also ausserhalb der EuGH-Rechtsprechung. Er geht aber immerhin nicht so weit, dass jedes ausländische Urteil, das nach der Eröffnung einer Beklagteninsolvenz ergeht, als «verkapptes» Kollokationsurteil und damit als insolvenznah qualifiziert werden muss mit dem paradoxen Ergebnis, dass es im Insolvenzstaat nicht anerkannt werden kann. Wie es sich mit ausländischen Einzelverfahren bzw. Urteilen verhält, die vor der Beklagteninsolvenz eingeleitet und nach der Insolvenz entschieden werden, hat das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid ausdrücklich offengelassen.⁴⁶

B. Insolvenznähe kraft fehlender Rechtshängigkeit und landesrechtlicher *vis attractiva* (BGE 141 III 382)?

1. Entfernung von der «Insolvenznähe»?

BGE 141 III 382 befasst sich ebenfalls mit der Anerkennungsproblematik. Im Gegensatz zum 140er-Entscheid geht es um die Anerkennung eines belgischen Ausspruchs zugunsten von Sabena-Gläubigern, deren Verfahrensteile bereits vor der *SAir-Insolvenz* eingeleitet worden waren. Das Bundesgericht lehnt die Anerkennung auch dieser Entscheidung im laufenden Kollokationsverfahren ab. Es ergänzt mit seiner Argumentation den 140er-Entscheid, indem es im Ergebnis postuliert, dass sämtliche *ausländische Entscheidungen*, die nach der Eröffnung der Schweizer Insolvenz über den Beklagten ergangen sind, nicht anzuerkennen sind. Der Zeitpunkt, in welchem das zugrundeliegende Einzelverfahren eingeleitet wurde, spielt nach dieser Rechtsprechung keine Rolle mehr.⁴⁷ Vor dem Hintergrund des 140er-Entscheids überrascht das Ergebnis: Das Absichtselement impliziert, dass die Insolvenz vor Klageeinleitung eingetreten (oder zumindest absehbar gewesen) ist. Das Bundesgericht fokussiert jedoch nicht mehr auf die Frage, ob das belgische Verfahren in der Absicht eingeleitet wurde, um am Schweizer Insolvenzverfahren teilzunehmen und eine Vorgabe für das Schweizer Insolvenzverfahren zu schaffen.

³⁷ EuGH, Rs. C-157/13, *Nickel und Goeldner*, 4.9.2014, N 27.

³⁸ Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR; SR 0.741.611).

³⁹ EuGH, Rs. C-157/13, *Nickel und Goeldner*, 4.9.2014.

⁴⁰ MARKUS, Revision (FN 1), 30 und 31.

⁴¹ BRINKMANN (FN 24), 327.

⁴² EuGH, Rs. C-292/08, *German Graphics*, 10.9.2009, N 33.

⁴³ EuGH, Rs. C-292/08, *German Graphics*, 10.9.2009, N 32; vgl. dazu OBERHAMMER (FN 11), 324.

⁴⁴ CHARLOTTE WILLEMER, *Vis attractiva und die Europäische Insolvenzverordnung*, Tübingen 2006, 361. Dasselbe Konzept, nur unter umgekehrten Vorzeichen, ist hinter EuGH, Rs. C-157/13, *Nickel und Goeldner*, 4.9.2014, zu erkennen: Die Geltendmachung einer Insolvenzforderung gegen den Schuldner des Gemeinschuldners fällt unter die (a)EuGVVO, und nicht unter die EuInsVO.

⁴⁵ BGE 140 III 320 E. 8.1. Dass die zivilrechtlichen Ansprüche z.T. mit einem Insolvenzscha den (Diskontinuitätsscha den) begründet wurden, spielt für die Qualifikation des Verfahrens keine Rolle, weil der Schaden auf der belgischen Insolvenz der Sabena beruhte. Die mit der klägerischen Insolvenz verbundene Ursache des Schadens hätte höchstens zur Frage führen können, ob dieser Schaden gegen den schweizerischen Anerkennungs-*Ordre-public* verstösst.

⁴⁶ Vgl. BGE 140 III 320 E. 8.3.2.

⁴⁷ Für eine Berücksichtigung ausländischer Entscheidungen, deren Verfahren vor der Schweizer Insolvenz eingeleitet wurden, jedoch DANIEL HUNKELER/GEORG J. WOHL, *Wirkungen eines ausländischen Urteils im schweizerischen Kollokationsprozess*, Jusletter vom 30. Juni 2014, N 21.

Anders als im 140er-Entscheid steht der Begriff der «Insolvenznähe» des ausländischen Verfahrens nicht mehr im Vordergrund. Insofern ist es deshalb konsistent, dass nach Bundesgericht auch eine Qualifikation als «LugÜ-Verfahren» nicht etwa bedeutet, dass das daraus hervorgehende Urteil den Kollokationsrichter bindet.⁴⁸ Dass das belgische Urteil in der Schweizer Insolvenz nicht anzuerkennen ist, ergibt sich für das Bundesgericht nämlich nicht unbedingt aus der Nichtanwendbarkeit des LugÜ, sondern unmittelbar aus der *Rechtshängigkeit* und der *vis attractiva concursus*.⁴⁹

2. Folgt aus Rechtshängigkeit Anerkennung?

Das Bundesgericht geht zunächst zutreffend davon aus, dass das LugÜ *im Rechtshängigkeitskontext* auf das vorliegende Schweizer Kollokationsverfahren nicht anwendbar sei, weshalb eine prioritäre Rechtshängigkeit des belgischen gegenüber dem Schweizer Kollokationsverfahren nicht zu beachten sei. Das gilt auch, falls eine (im ausländischen Verfahren behandelte) Vorfrage materiell an sich unter das LugÜ fallen würde.⁵⁰

In seiner *ersten Argumentationslinie* verflucht das Bundesgericht diese Rechtshängigkeitsfragen eng mit denjenigen der Urteilsanerkennung und scheint unmittelbar vom ersten auf den zweiten Bereich zu schliessen; aus der fehlenden Rechtshängigkeit ergibt sich die fehlende Anerkennung.⁵¹ Rechtshängigkeit und Urteilsanerkennung sind jedoch klar zu unterscheiden. Ob ein ausländisches Urteil anzuerkennen ist, beurteilt sich unabhängig davon, ob das zugrundeliegende Verfahren überhaupt jemals in einen Rechtshängigkeitskonflikt nach LugÜ involviert war; die Anerkennung ist sogar auch dann zu gewähren, wenn das anzuerkennende Urteil in vorgängiger Verletzung der Rechtshängigkeitsvorschriften ergangen ist, zumal eine solche Verletzung keinen Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 34 Ziff. 3 oder 4 LugÜ bildet. Im Unterschied zur Rechtshängigkeit bleibt bei der Anerkennung die Qualifikation des parallelen Schweizer Kollokationsverfahrens ausser Betracht und es ist allein auf die Qualifikation des ausländischen Einzelverfahrens abzustellen. Die Reichweite der Anerkennungsvorschriften ist m.a.W. ungleich grösser als diejenige der Rechtshängigkeitsvorschriften,⁵² weshalb der Schluss von den Letzteren auf die Ersteren nicht immer zum Ziel führt.

3. *Vis attractiva* und Europäisches Insolvenzrecht

Im Kern (*zweite Argumentationslinie*) argumentiert das Bundesgericht sodann mit der *vis attractiva concursus* des Schweizer Insolvenzverfahrens und der *Komplementarität zwischen (a)EuGVVO und EuInsVO*.

Nach dem Grundsatz der *vis attractiva* werde die Entscheidung aller Streitfragen im Insolvenzstaat konzentriert, und ausländische Prozesse könnten die Befugnisse der hiesigen Konkursverwaltung nicht beschneiden. Dies gehe aus dem schweizerischen Recht (Art. 244–251 SchKG) hervor. Namentlich seien Kollokationsplan und -prozess ausschliesslich in Schweizer Händen.⁵³

Diese Argumentation stützt sich im Schwerpunkt auf das autonome schweizerische Recht. Dieser Ansatz allein für sich wäre problematisch, zumal der Anwendungsbereich des LugÜ – wie die meisten Qualifikationen des LugÜ – instrumentsautonom über die Grenzen des Landesrechts hinweg zu definieren ist. Der Ansatz wird aber dadurch ergänzt, dass das Bundesgericht zusätzlich rechtsvergleichend auf das europäische System hinweist.

Zur Stützung der These, dass die *vis attractiva* im europäischen Verfahrensrecht durchschlägt, sogar wenn der Beklagte einen Gerichtsstand in einem LugÜ-Staat hat, führt das Bundesgericht den EuGH-Entscheid *Schmid Hertl*⁵⁴ an.⁵⁵ In diesem Entscheid bewirkte die *vis attractiva* nach Art. 3 EuInsVO, dass die paulianische Anfechtungsklage eines deutschen Insolvenzverwalters im Insolvenzstaat erhoben werden konnte, obwohl sie sich gegen eine Beklagte mit Wohnsitz in der Schweiz richtete. Die paulianische Anfechtungsklage wird unbestrittenermassen als insolvenznahes Verfahren qualifiziert, das klar *nicht* unter das LugÜ oder die EuGVVO fällt. Der Beklagtengerichtsstand des LugÜ wird dadurch auch ohne Weiteres ausgeschaltet, anwendbar ist ja die EuInsVO, und nicht das LugÜ. Umgekehrt wäre für die Schweizer Pauliana, die sich gegen einen ausländischen Beklagten richtet, ebenfalls der Gerichtsstand am schweizerischen Konkursort massgeblich (Art. 289 SchKG). Die EuGH-Entscheidung vermag somit zu zeigen, dass die *vis attractiva* eines der Prinzipien der EuInsVO ist, die in bestimmten Situationen auf ein insolvenznahes Verfahren Anwendung finden können. Sie vermag aber nicht zu zeigen, dass das LugÜ für einen Zivilprozess ausgeschaltet wird, der nicht ins Insolvenzrecht eingebunden ist und deshalb nicht als «insolvenznah» gelten kann.

⁴⁸ BGE 141 III 382 E. 5.2, vgl. auch E. 5.4.

⁴⁹ BGE 141 III 382 E. 5.2 *i.f.*

⁵⁰ BGE 141 III 382 E. 5.3.

⁵¹ BGE 141 III 382 E. 5.7.

⁵² Vgl. unten Ziff. III.B.

⁵³ BGE 141 III 382 E. 5.4.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-328/12, *Schmid/Hertl*, 16.1.2014.

⁵⁵ BGE 141 III 382 E. 5.5.1.

4. Zusammenspiel zwischen Internationalem Zivilprozessrecht und Internationalem Insolvenzrecht

Die Einbindung von Forderungsprozessen der Gläubiger in die Insolvenz wird vom Bundesgericht am Beispiel des Zusammenspiels der zum LugÜ parallelen (a)EuGVVO und der EuInsVO aufgezeigt: Kollokationsklagen werden nach EuInsVO im Insolvenzstaat konzentriert, Entscheide aus Forderungsprozessen, die bei Insolvenzeröffnung im Insolvenzausland bereits hängig waren, im Insolvenzstaat anerkannt.⁵⁶ Aus der Komplementarität der EuInsVO zur (a)EuGVVO schliesst das Bundesgericht, dass sich auch das – zur (a)EuGVVO parallele – LugÜ auf solche Forderungsprozesse nicht anwenden wolle.⁵⁷

(a)EuGVVO und EuInsVO sind (wenn auch nicht vollständig) insofern zueinander komplementär, als die EuGVVO Zivilprozesse ausserhalb der Insolvenz, die EuInsVO insolvenznahe Zivilverfahren innerhalb der Insolvenz regelt. Das zur EuGVVO parallele LugÜ kennt hingegen kein solches Komplementärinstrument; die LugÜ-Staaten regeln ihr Internationales Insolvenzrecht autonom, wie die Schweiz dies im Rahmen von IPRG und SchKG tut. Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich des LugÜ und den unilateralen Regelungen in IPRG und SchKG einerseits dieselbe sei wie zwischen (a)EuGVVO und EuInsVO andererseits. Es beurteilt den Anwendungsbereich des LugÜ, wie wenn wir vor einem System aus zwei komplementären Instrumenten stehen würden, bei welchem eines der Instrumente weggedacht werden kann, ohne dass sich beim anderen etwas ändert.⁵⁸ Im Folgenden soll gezeigt werden, dass dieser Schluss problematisch ist.

5. Insolvenznähe ist Einbindung ins Internationale Insolvenzrecht

Das Instrument der EuInsVO schafft und gewährleistet grenzüberschreitend gerade die Bedingung, die den Ausschluss aus der EuGVVO ausmacht, nämlich die verfahrensrechtliche Insolvenznähe des Zivilprozesses. Sie schafft diese Insolvenznähe durch grenzüberschreitende Einbindung und Einbettung der Einzelverfahren ins Insolvenzrecht.⁵⁹ Die Nichtexistenz des komplementären

Instrumentes einer EuInsVO ändert die Situation deshalb grundlegend, weil es an dieser grenzüberschreitenden Einbindung fehlen kann. Vor diesem Hintergrund ist es problematisch, eine Parallele zwischen der vorliegenden SAir-Insolvenz einerseits und einer EU-internen Insolvenz andererseits zu ziehen. Dass ein Einzelverfahren in ein System des Internationalen Insolvenzrechts wie dasjenige der EuInsVO eingebunden ist, bildet Ursache und Voraussetzung für die Qualifikation als «insolvenznahe» Verfahren. Gerade weil (zur Insolvenz vorbestehende und dieser nachfolgende) Einzelverfahren durch die EuInsVO koordiniert werden, unterfallen sie nicht der EuGVVO oder dem LugÜ.

Den Rahmen für diese Einbindung schaffen – wie erwähnt – etwa multilaterale Instrumente wie die EuInsVO, jedoch auch bilaterale Übereinkommen oder autonomes Internationales Insolvenzrecht.⁶⁰ Daraus ergeben sich insolvenzrechtliche Bezüge z.B. durch die Verfahrenssistierung i.S. des Art. 207 SchKG, die Beteiligung der Masse oder einzelner Gläubiger am Verfahren und ggf. durch deren insolvenzspezifische Rechtsbegehren. Solche insolvenzspezifische Bezüge sind – unabhängig vom Zeitpunkt der Einleitung – vor allem dann in Frage zu stellen, wenn das Schweizer Insolvenzverfahren im ausländischen Gerichtsstaat nicht anerkannt wird. Die insolvenzrechtliche Anerkennung allein böte dafür Gewähr, dass das ausländische Einzelverfahren vorerst sistiert und im Weiteren verfahrensrechtlich der Schweizer Insolvenz zugeordnet würde.⁶¹ Fehlt diese Einbindung ins Schweizer Insolvenzverfahren, so wird in der Regel eine Qualifikation als «insolvenznahe» Verfahren zu verneinen sein. Obwohl Belgien grundsätzlich als Gegenrechtsstaat nach Art. 166 IPRG gilt,⁶² ist nichts darüber bekannt, dass die Insolvenzverwaltung oder ein Gläubiger in Belgien um Anerkennung der Schweizer Insolvenz ersucht und, basierend auf die Anerkennung in Belgien, eine Koordination mit der Schweizer Insolvenz ermöglicht hätte. Eine Einbindung gestützt auf das Internationale Insolvenzrecht Belgiens hat vorliegend nicht stattgefunden, die ausländischen Klä-

Einzelverfahrens als «insolvenznahe» die Einbindung in ein belgisches Insolvenzverfahren.

⁶⁰ Zum autonomen Insolvenzsystemen ist neben dem 11. Kapitel des IPRG insbesondere auch auf das UNCITRAL-Modellgesetz über die grenzüberschreitende Insolvenz zu verweisen, das von zahlreichen Staaten als internes Recht übernommen worden ist (dazu MARKUS, Modellgesetz [FN 19], 15 ff.; RODRIGUEZ, Insolvenzrecht [FN 1], 116 ff.).

⁶¹ Vgl. zur Anerkennungsprognose des Zweitgerichts GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. A., Bern/Stuttgart/Wien 2012, 544.

⁶² FRANCO LORANDI, Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz, AJP 2008, 562, m.w.H.

⁵⁶ BGE 141 III 382 E. 5.5.1 und 5.5.2.

⁵⁷ BGE 141 III 382 E. 5.5.3.

⁵⁸ Vgl. BGE 141 III 382 E. 5.5.3.

⁵⁹ Z.B. IVO SCHWANDER, Auszüge aus Bundesgerichtsentscheidungen zum Zivilprozessrecht und zum SchKG, Auswahl und Bemerkungen, ZZZ 2014/2015, 114, verlangt *in casu* zur Qualifikation des

ger haben unabhängig vom Schweizer Insolvenzrecht gehandelt.⁶³

BGE 141 III 382⁶⁴ zieht eine Öffnung im hier nicht vorliegenden Fall, in dem die schweizerische Insolvenz im ausländischen Prozessstaat (autonom oder staatsvertraglich) anerkannt wird, in Betracht. In diesem insolvenzrechtlich koordinierten Modus unterzieht sich das ausländische Gericht Art. 207 SchKG und sistiert den Forderungsprozess, bis die Schweizer Insolvenzbehörden eine Koordination zwischen dem hängigen Verfahren und der Kollokation im Sinne dieser Bestimmung sowie Art. 63 KOV vorgenommen haben.⁶⁵ Wir befinden uns gemäss Bundesgericht in einer Situation, in welcher das ausländische Verfahren «berücksichtigt werden könnte».⁶⁶ Diese Öffnung gegenüber dem ausländischen Verfahren wäre sehr zu begrüßen. Sie ermöglicht, den ausländischen Zivilprozess wie einen schweizerischen im Sinne des Art. 63 KOV vorerst vorzumerken und die Gläubiger über das Schicksal des Verfahrens mitbestimmen zu lassen. Damit wird in diesem Bereich das Defizit beseitigt, das daraus resultiert, dass die Rechtshängigkeitsvorschriften weder des LugÜ noch des IPRG greifen. Diese Lösung wäre – nach dem Vorbild von Art. 9 IPRG – auf ausländische Verfahren zu begrenzen, deren Entscheidung voraussichtlich in der Schweiz anerkennbar ist. Bei Fortführung des Verfahrens ist nach Art. 63 Abs. 4 KOV ja der Ausgang ausländischen Prozesses für die Kollokation entscheidend. Grundlage und die konkreten Voraussetzungen (z.B. indirekte Zuständigkeit oder *ordre public*) für die Anerkennung der ausländischen Entscheidung in der Schweiz bleiben jedoch unklar. Zumal das ausländische Verfahren als «insolvenznah» anzusehen ist, bieten weder das LugÜ noch das IPRG eine gesetzliche Abstützung. Leider wird eine Basis hierfür auch im aktuellen Revisionsentwurf zum 11. Kapitel des IPRG nicht oder nur teilweise geschaffen.⁶⁷

Im vorliegenden unkoordinierten Setting, in welchem keine grenzüberschreitende Einbindung des Verfahrens ins Insolvenzrecht vorliegt, bleibt jedenfalls das Verfahren als Erkenntnisverfahren unter dem LugÜ bestehen und ist das daraus hervorgehende Urteil nach LugÜ anzuerkennen. Dass diese Anerkennung bedeutet, dass eine Berücksichtigung im Schweizer Kollokationsverfahren

stattzufinden hat, ergibt sich aus der erheblichen Tragweite des LugÜ-Anerkennungsrechts.

C. Tragweite des LugÜ-Anerkennungsrechts

Fehlt der enge Insolvenzzusammenhang im Sinne der erwähnten Einbindung, so verbleiben ausländisches Verfahren und Entscheidung im sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ. Wird die Anerkennung abgelehnt, ohne dass ein Verweigerungsgrund vorliegt, so wird das LugÜ-Anerkennungsrecht verletzt. Das LugÜ wird als Staatsvertrag sowohl vom IPRG als auch vom SchKG ausdrücklich vorbehalten.⁶⁸ EuGVVO und LugÜ gehen somit auch dem autonomen Internationalen Insolvenzrecht vor.⁶⁹ Erstreckt sich die materielle Rechtskraft des ausländischen Entscheids kraft LugÜ-Anerkennung in die Schweiz, so gilt diese Wirkung hierzulande ohne jede Einschränkung, vergleichbar mit der materiellen Rechtskraft einer schweizerischen Entscheidung. Die materielle Rechtskraftwirkung des ausländischen Entscheids ist mit anderen Worten, wie diejenige einer Schweizer Entscheidung, in sämtlichen hiesigen Verfahren und vor jeder Entscheidbehörde als entschiedene Vorfrage zu beachten (positive Rechtskraftwirkung). Das gilt insbesondere nicht nur für zivilprozessuale, sondern auch z.B. für verwaltungsrechtliche oder eben wie vorliegend insolvenzrechtliche Verfahren.⁷⁰ Das gilt gleichzeitig völlig unabhängig davon, ob diese Verfahren und Behörden sachlich-instrumental den Zuständigkeits- oder Rechtshängigkeitsvorschriften des LugÜ unterstehen. Eine bloss «halbe» Anerkennung in der Schweiz, die allein ausserhalb, nicht aber innerhalb eines Kollokationsverfahrens erfolgen soll, widerspricht dem Grundsatz der Einheit der Anerkennung und ist dogmatisch nicht begründbar. Dennoch stützen sich sowohl das Bundesgericht implizite wie vor allem auch das vorinstanzliche Zürcher Obergericht sogar explizite auf eine solche «Anerkennungsspaltung».⁷¹

Die beschriebene Wirkung des ausländischen Entscheids ist nicht zu verwechseln mit der insolvenzrechtlichen: Die Art der Kollokation, also etwa Fragen der Konkursklasse oder der paulianischen Anfechtbar-

⁶³ BGE 141 III 382 E. 5.6.2.

⁶⁴ BGE 141 III 382 E. 5.6 und E. 5.6.1.

⁶⁵ Vgl. BGE 88 III 42 E. 1; Cour de cassation, Nr. 04-17326, 30.10.2006, Ziff. 1, Internet: www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁶ BGE 141 III 382 E. 5.6.

⁶⁷ Die Gesetzgebungsvorschläge von MARKUS, Revision (FN 1), 45, möchten dem entgegenwirken.

⁶⁸ Art. 1 Abs. 2 IPRG; Art. 30a SchKG.

⁶⁹ WILLEMER (FN 44), 104.

⁷⁰ SCHWANDER (FN 13), 427; allgemein ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014 (zit. MARKUS, IZPR), N 1487.

⁷¹ BGE 135 III 127 E. 3.3.4; 141 III 382 E. 5.4; OGer ZH, RV110006-O5, 7.11.2012; OGer ZH, NE110009-O13, 8.11.2012; in Richtung einer «Anerkennungsspaltung» auch RODRIGUEZ, Insolvenzrecht (FN 1), N 851; RODRIGUEZ, IILR 2011 (FN 3), 428.

keit, verbleibt selbstverständlich in der Kompetenz der Schweizer Behörden,⁷² während die materiellrechtlich ausgerichtete Vorfragewirkung der ausländischen Entscheidung bei der Kollokation von Staatsvertragsrecht wegen zu berücksichtigen ist,⁷³ soweit nicht Ausnahmetatbestände wie der *ordre public* eingreifen.

Ausländische LugÜ-Entscheidungen sind somit in einem hiesigen Kollokationsverfahren als entschiedene Vorfrage zu beachten.⁷⁴ Welche zeitliche Grenze der Anerkennung zu setzen ist, muss im Licht des LugÜ beantwortet werden. Art. 34 Ziff. 3 LugÜ sichert sämtlichen inländischen Entscheidungen, die mit der ausländischen Entscheidung unvereinbar sind, den Vortritt. Darunter fallen auch Schweizer Entscheidungen über Streitgegenstände, die nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 1 Ziff. 2 LugÜ fallen, also auch das Kollokationsurteil.⁷⁵

Als Grenze für diese Beachtung der ausländischen Entscheidung gilt die «Kollokation» der Forderung.⁷⁶ Was ist darunter zu verstehen? Im Fall einer Kollokationsklage erfolgt die definitive Kollokation erst, wenn das gerichtliche Kollokationsverfahren abgeschlossen ist. Zwar wird behauptet, der entscheidende Zeitpunkt sei die Kollokationsverfügung der Verwaltung, während der Kollokationsprozess vom Ausgang des ausländischen Verfahrens unberührt sei.⁷⁷ Gewiss fällt die Kollokationsverfügung nicht deshalb ausser Betracht, weil es sich um eine Verwaltungsverfügung handelt, zumal diese Entscheidungen im Rahmen des Art. 62 LugÜ mit gerichtlichen Entscheidungen gleichgestellt sind. Die Kollokationsklage stellt jedoch funktional (mindestens) ein vollwertiges Rechtsmittel gegen die Kollokationsverfügung dar,⁷⁸ auf deren Ausgang es alleine ankommen kann. Handelt es sich um ein Kollokationsverfahren zwischen Gläubigern i.S. des Art. 250 Abs. 2 SchKG, so ist unklar, ob eine Identität der Parteien vorliegt, wie sie in Art. 34 Ziff. 3 LugÜ gefordert

ist.⁷⁹ Je nachdem könnte die ausländische Entscheidung sogar auch nach dem Schweizer Kollokationsurteil zu berücksichtigen sein.

IV. Fazit

A. Rechtshängigkeit koordinierter Auslandverfahren im Ansatz gelöst

Das Bundesgericht hat einen Weg gezeigt, indem koordinierte (insolvenznahe) Verfahren des Auslands nach Art. 63 KOV vorgemerkt werden können. Die Pro-memoria-Kollokation soll also analog auf ausländische Einzelverfahren angewendet werden können. Das gewährleistet, dass die Kollokation unter Berücksichtigung des ausländischen Verfahrens erfolgen kann. Die Berücksichtigung erfolgt sinnvollerweise nur für Verfahren, deren Entscheidung später in der Schweiz anerkannt werden kann. Da die Anerkennung insolvenznaher Verfahren *de lege lata* nicht geregelt ist, liegt der Ball beim Gesetzgeber, die bundesgerichtliche Lösung zu vervollständigen.

Die Rechtshängigkeit bei unkoordinierten ausländischen Verfahren, deren Entscheidungen nach der hier vertretenen Meinung aufgrund des LugÜ anzuerkennen wären, ist *de lege lata* ungelöst.

B. Nichtanerkennung von LugÜ-Entscheidungen problematisch

Ausländische Entscheidungen aus LugÜ-Staaten, die aus einem Verfahren hervorgehen, das nicht ins Internationale Insolvenzrecht eingebunden ist, sind nach LugÜ anzuerkennen. Die Wirkungen einer solchen Anerkennung sind gemäss dem anerkennungsrechtlichen Einheitsprinzip umfassend und von sämtlichen Behörden in sämtlichen Verfahren als entschiedene Vorfrage zu berücksichtigen.⁸⁰ Nach LugÜ hängt es nicht allein vom nationalen, unkoordinierten Insolvenzrecht des Insolvenzstaats ab, ob und wie weit ein ausländisches LugÜ-Urteil anerkannt wird. Es stellt vielmehr auch auf die insolvenzrechtliche Einbettung des Einzelverfahrens im Prozessstaat ab. Die hier kommentierte Rechtsprechung des Bundesgerichts reduziert das LugÜ-Anerkennungsrecht somit zu stark.

⁷² FRANCO LORANDI, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2012, Grenzüberschreitende Aspekte in der Insolvenz, Ausgewählte Fragen (zit. LORANDI, Sanierung), 37; RODRIGUEZ, IILR 2011 (FN 3), 428; SCHWANDER (FN 13), 429.

⁷³ LORANDI, Sanierung (FN 72), 37; SCHWANDER (FN 13), 427; MARKUS, Revision (FN 1), 35.

⁷⁴ LORANDI, Sanierung (FN 72), 37; BSK SchKG I-HIERHOLZER (FN 5), Art. 247 N 35.

⁷⁵ BSK LugÜ-SCHULER/MARUGG, Art. 34 N 54, m.w.H., in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar Lugano Übereinkommen, 2. A., Basel 2016.

⁷⁶ Vgl. LORANDI, Sanierung (FN 72), 37, der im vorliegenden Zusammenhang ausdrücklich von «Kollokation» spricht; BSK SchKG I-HIERHOLZER (FN 5), Art. 247 N 35, N 276.

⁷⁷ BSK SchKG I-HIERHOLZER (FN 5), Art. 247 N 76.

⁷⁸ BSK SchKG I-HIERHOLZER (FN 5), Art. 250 N 2.

⁷⁹ Immerhin fordert Art. 34 Ziff. 3 aEuGVVO/LugÜ keine strikte Parteidentität; Teilidentität reicht aus; KROPHOLLER/VON HEIN (FN 23), Art. 34 EuGVO N 52. Deziert gegen eine Identität in diesen Fällen noch MARKUS, Revision (FN 1), 42.

⁸⁰ MARKUS, IZPR (FN 70), N 1487.

Zu Ende gedacht, tangieren die Konsequenzen dieser Rechtsprechung den Justizgewährungsanspruch des Klägers. Aufwand- und kostenreiche Zivilverfahren verlieren ihren Sinn, sobald der ausländische Beklagte insolvent wird. Mit der Aussicht, dass sein Forderungsprozess wegen des Ausbruchs einer schuldnerischen Insolvenz als «insolvenznah» eingestuft wird, wird der Gläubiger von einer Klage abgehalten, wenn eine Insolvenz des Beklagten auch nur in den Bereich des Möglichen rückt. Die daraus hervorgehende Entscheidung wird ihm nämlich im Insolvenzverfahren nichts nützen. Und weil die Qualifikation als «insolvenznah» aus oben III.A.1. genannten Gründen eine absolute ist und somit in sämtlichen LugÜ-Staaten zu beachten ist, kommt eine Anerkennung und Vollstreckbarerklärung in den anderen LugÜ-Staaten ebenfalls nicht in Frage.

Im vorliegenden, unkoordinierten Setting bleibt dem Gläubiger nach dieser Rechtsprechung allein, die Insolvenz abzuwarten, die Kollokation in der Schweiz zu beantragen und gegebenenfalls hierzulande eine Kollokationsklage anzustrengen. Das ist nicht nur in den Fällen zu kritisieren, in denen der Gläubiger damit um seinen besonderen LugÜ-Gerichtsstand im Ausland gebracht wird. Besonders stört dieses Ergebnis, wenn (wie vorliegend) eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung ausgeschaltet wird, die ausschliesslich zu Gunsten des belgischen Gerichts vereinbart war. Sicherungsmöglichkeiten hat der Gläubiger in der «Durststrecke» bis zum Ausbruch der Insolvenz keine, zumal er nicht mit einem Zivilprozess prosequieren kann. Die vorliegende Rechtsprechung wirkt also dem Grundsatz der Urteilsfreizügigkeit entgegen, und erschwert damit nicht zuletzt auch die wirtschaftliche Position schweizerischer Unternehmen im Ausland, die sich auf dem Boden des gegenseitigen Vertrauens ins europäische Gerichtsstandsrecht bewegen möchten.

C. Konsequenzen einer «LugÜ-treuen» Auslegung

Die hier vertretene Lesart des LugÜ, wonach die Anerkennungswirkungen umfassend sind, verhindert diese schwerwiegenden Konsequenzen für den Gläubiger. Gleichzeitig sei eingeräumt, dass auch diese m.E. korrekte Auslegung des LugÜ nicht ohne Weiteres zu einem stimmigen Resultat führt.

Die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen ist hierzulande vorwiegend vom multilateralen Staatsvertragsrecht des LugÜ geprägt, während das Internationale Insolvenzrecht fast ausschliesslich vom autonomen Schweizer Recht geregelt wird. Daraus ergibt sich notwendigerweise eine Präponderanz des zivilpro-

zessualen Anerkennungsrechts gegenüber dem Insolvenzrecht. Gewiss ist ein solcher Vorrang im Ansatz auch sachlich gerechtfertigt, weil der Eingriff des Insolvenzrechts in die privatrechtlichen Verhältnisse aus grundsätzlichen Erwägungen streng verhältnismässig sein muss.

Dass ein ausländisches Verfahren für die Schweizer Kollokation vorerst keine Rechtshängigkeitswirkungen entfaltet, jedoch die später daraus hervorgehende Entscheidung die Insolvenzbehörden voll und ganz bindet, befriedigt aus der Sicht der Insolvenz jedoch ebenfalls nicht. Die Rechtshängigkeit als «Vorlauf» zur Anerkennung, die eine Koordination des Verfahrens mit der Insolvenz erlauben sollte, ist beim ausländischen LugÜ-Verfahren ausgeschaltet. Statt eines «*race to court*» findet ein «*race to decision*» statt. Wie oben in III.C. gezeigt, hängt viel davon ab, welche Entscheidung früher ergeht: das ausländische Urteil oder die Schweizer Kollokation. Abhelfen könnte nur der Gesetzgeber, indem er die Rechtshängigkeit in diesen Konstellationen regelt.

Rechtspolitisch weniger problematisch erscheinen im Übrigen die Auswirkungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die ausländische LugÜ-Verfahren betreffen, welche erst nach Ausbruch der Insolvenz angestrengt wurden (BGE 140 III 320). Auch wenn solche Verfahren nicht als «insolvenznahe» Verfahren gelten, und deshalb unter das LugÜ fallen, wäre es dem Kläger und Gläubiger in gewissen Fällen zuzumuten, statt eines ausländischen Zivilprozesses auf das schweizerische Kollokationsprozedere zu setzen. Weil die Insolvenz bereits entschieden wurde, gibt es für den Gläubiger im Klagezeitpunkt keine Rechtsunsicherheit mehr. Auch wenn das LugÜ für die Anerkennung nicht unterscheidet, in welchem Zeitpunkt das Verfahren eingeleitet wurde, könnte der Gesetzgeber diesem Umstand auf der Ebene der Rechtshängigkeit Rechnung tragen.

D. Der dritte Weg

Eine voll befriedigende Lösung, mit der ausländische Forderungsprozesse in die hiesige Insolvenz einbezogen werden können, ist nur über eine Integration ins europäische Insolvenzsystem zu erreichen. Das Bundesgericht ruft zu Recht danach.⁸¹ Die zweitbeste Lösung besteht in einer unilateralen Regelung; die laufende Revision des elften Kapitels IPRG böte die Chance dazu.

Der Autor hat beim EJPD Vorschläge deponiert, wie ausländische Zivilverfahren, die im Kontext mit einer Schweizer Hauptinsolvenz stehen, einer solchen unilate-

⁸¹ BGE 141 III 382 E. 5.7.

ralen Regelung zugeführt werden könnten.⁸² Bei der Suche nach einer Lösung sind die Interessen und Erwartungen in- und ausländischer Gläubiger, die im koordinierten Insolvenzausland nach Treu und Glauben gegen den Gemeinschuldner vorgegangen sind, mit einzubeziehen. Das Dispositiv dieser Vorschläge sieht wie folgt aus:

- Nicht «insolvenznahe» ausländische Verfahren und Entscheidungen (gewöhnliche Forderungsprozesse) erzeugen unter gewissen Voraussetzungen, die auf die Schweizer Insolvenz Rücksicht nehmen, eine LitispPENDENZ für das Schweizer Kollokationsverfahren; das Urteil wird nach LugÜ oder IPRG anerkannt.
- «Insolvenznahe» ausländische Verfahren und Entscheidungen, die nicht in die Schweizer Insolvenz eingebunden sind, werden weder auf der Ebene der Rechtshängigkeit noch auf der Ebene der Anerkennung beachtet.
- «Insolvenznahe» ausländische Verfahren, die international-konkursrechtlich in die Schweizer Insolvenz eingebunden sind, werden, entsprechend dem Bundesgericht, mit dieser koordiniert. Die daraus hervorgehenden Entscheidungen werden anerkannt. Das verstärkt die Motivation, in solchen Situationen die Schweizer Insolvenz im Prozessausland zur Anerkennung zu bringen.

⁸² MARKUS, Revision (FN 1), 23 ff.